

Arthur Maximus Monteiro

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS

Curitiba
Juruá Editora
2015

Visite nossos sites na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: *editora@jurua.com.br*

ISBN: 978-85-362-4963-6



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Emani de Carvalho Pacheco

Monteiro, Arthur Maximus.

M775 Controle de constitucionalidade das omissões
legislativas./ Arthur Maximus Monteiro./ Curitiba:
Juruá, 2015.
318p.

1. Direito constitucional. 2. Omissões legislativas.
I. Título.

CDD 342 (22.ed.)
CDU 342

000150

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURA.....	25
INTRODUÇÃO	27
1 Apresentação do Problema.....	27
2 Delimitação do Objeto	30
3 Método	32
1 A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	37
1.1 Os Modelos de Controle de Constitucionalidade	37
1.2 O Modelo de Controle de Constitucionalidade Brasileiro.....	47
1.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade	52
1.2.2 A Ação Declaratória de Constitucionalidade	56
1.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	60
1.2.4 O Recurso Extraordinário	62
1.3 Separação de Poderes e o Papel do Poder Judiciário na Constituição de 1988.....	62
1.3.1 Fundamentos teóricos e o núcleo essencial da função típica	62
1.3.2 Separação de poderes: o caso brasileiro	67
1.3.2.1 O Poder Legislativo	69
1.3.2.2 O Poder Executivo	70
1.3.2.3 O Poder Judiciário	73
1.3.3 O Supremo Tribunal Federal.....	74
1.3.4 A fiscalização da constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais	76
1.4 Panorama Atual de Atuação do Poder Judiciário	79
1.4.1 Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.....	81
1.4.1.1 O conhecimento de ações “inconhecíveis”	81

1.4.1.2	A “abstratização” do controle concreto.....	85
1.4.1.3	A reescrita da Constituição	89
1.4.1.4	Judicialização da política x politização da justiça.....	92
1.4.2	Neoconstitucionalismo e pós-positivismo.....	94
1.4.2.1	A “principiolatria”.....	97
1.4.2.2	O contraponto ao juiz <i>bouche de la loi</i>	99
1.4.2.3	A construção dogmática.....	101
1.4.2.4	A ausência de método	103
1.4.2.5	A ponderação e o desvirtuamento do pensamento de Alexy	105
1.4.2.6	A pretensão “ <i>totalista</i> ”.....	108
1.4.2.7	A “ <i>teologia constitucional</i> ”.....	110
1.4.2.8	Em conclusão.....	113
2	AS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E OS SEUS INSTRUMENTOS DE FISCALIZAÇÃO PELO STF	115
2.1	As Omissões Legislativas Inconstitucionais.....	115
2.1.1	Fundamentos teóricos.....	115
2.1.2	Omissões inconstitucionais x lacunas técnicas.....	117
2.1.3	As omissões e suas dimensões	119
2.1.4	As omissões e suas classificações	122
2.1.5	O dever de legislar	126
2.1.6	O <i>se</i> , o <i>quando</i> e o <i>como</i> a norma deve ser produzida	129
2.1.7	Direito subjetivo à legislação?	133
2.1.8	A fiscalização das omissões inconstitucionais	135
2.1.9	As teorias conspiratórias	136
2.2	Instrumentos de Fiscalização Concentrada das Omissões Inconstitucionais	138
2.2.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	138
2.2.1.1	Esforço histórico.....	138
2.2.1.2	Objeto.....	143
2.2.1.3	Legitimidade	146
2.2.1.3.1	A pertinência temática.....	147
2.2.1.3.2	A falta de amparo constitucional para a pertinência temática	149
2.2.1.4	Processamento.....	151
2.2.1.5	Possibilidade de medida cautelar	154

2.2.1.6	Efeitos da decisão	157
2.2.1.6.1	Omissões legislativas	157
2.2.1.6.2	Omissões administrativas.....	160
2.2.1.6.3	A inefetividade do instrumento.....	161
2.2.2	Mandado de injunção	163
2.2.2.1	Escoço histórico.....	163
2.2.2.2	A injunção no direito comparado.....	165
2.2.2.3	Objeto	167
2.2.2.3.1	O alcance da expressão “ <i>direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania</i> ”	167
2.2.2.3.2	Direitos sociais como objeto do mandado de injunção?	170
2.2.2.4	Legitimidade	171
2.2.2.5	Processamento	172
2.2.2.5.1	A questão da autoaplicabilidade.....	172
2.2.2.5.2	O recurso às normas processuais do mandado de segurança	174
2.2.2.5.3	A estruturação do instrumento	175
2.2.2.6	Problemática dos efeitos da decisão no mandado de injunção	176
2.2.2.6.1	Posição não concretista	178
2.2.2.6.2	Concretista individual direta	180
2.2.2.6.3	Concretista geral	182
2.2.2.6.4	Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	184
2.2.2.6.4.1	Primeiros passos.....	184
2.2.2.6.4.2	A viragem paradigmática	185
2.2.3	A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	188
2.2.3.1	Escoço histórico.....	188
2.2.3.2	Legitimidade	191
2.2.3.3	Objeto	194
2.2.3.4	Processamento	197
2.2.3.4.1	A inconstitucionalidade da arguição autônoma	199
2.2.3.4.2	A subsidiariedade.....	200
2.2.3.5	Efeitos da decisão	202

2.2.3.6	“Sim ou não” à ADPF?	205
2.3	Alternativas Propostas pela Doutrina	207
2.3.1	Indenização decorrente da responsabilidade civil pela omissão	209
2.3.1.1	A evolução da responsabilização civil do Estado no Brasil	209
2.3.1.2	Argumentos favoráveis	211
2.3.1.3	Argumentos contrários	214
2.3.2	Solução por via de interferência no processo legislativo	218
2.3.2.1	Argumentos favoráveis	218
2.3.2.2	Argumentos contrários	220
2.3.2.2.1	O poder de agenda	220
2.3.2.2.2	A decisão do Presidente da Câmara dos Deputados	221
2.3.2.2.3	O fator histórico	223
2.3.2.2.4	A impossibilidade de recurso à mutação constitucional	224
2.3.2.2.5	As incongruências dogmáticas e o risco de paralisação do Congresso Nacional	226
2.3.3	Solução por via de ação legiferante do STF	228
2.3.3.1	Argumentos favoráveis	228
2.3.3.2	Argumentos contrários	232
2.3.3.2.1	A prática jurisprudencial do STF sob a ótica da separação de poderes	232
2.3.3.2.2	Os poderes implícitos	237
2.3.3.2.3	Jurisdição x legislação	239
2.3.3.2.4	A negação de poderes legiferantes ao STF: o fator histórico	240
2.3.3.2.5	Direitos sociais e Estado Democrático de Direito	242
2.3.3.2.6	A necessidade de intermediação legislativa	246
2.3.3.2.7	E, afinal, quem governa?	249
2.3.3.2.8	O mito da denegação de justiça	251
2.3.3.2.9	A legitimação judicial	254
2.4	Propostas de Solução	259
2.4.1	Solução para o problema da ineficácia da Adin por omissão	259
2.4.1.1	Suprimento de reserva de iniciativa	259

2.4.1.2	Interferência temperada no processo legislativo	263
2.4.2	Solução para a problemática do cabimento e efeitos do mandado de injunção	268
2.4.2.1	Regulamentação própria do mandado de injunção	268
2.4.2.1.1	O objeto do mandado de injunção.....	269
2.4.2.1.1.1	Direitos, liberdades e garantias: um conceito.....	269
2.4.2.1.1.2	A restrição de cabimento aos direitos de liberdade	273
2.4.2.1.2	Os efeitos da decisão.....	276
2.4.2.1.2.1	Revisitando as correntes doutrinárias	276
2.4.2.1.2.2	A decisão com efeitos <i>inter partes</i>	278
2.4.2.1.2.3	Afastando a aparente contradição	280
CONCLUSÕES		283
REFERÊNCIAS		293
ÍNDICE ALFABÉTICO		303